

University of Groningen

Provisieafspraken tussen cliënten en financiële dienstverleners

Cherednychenko, O.O.

Published in:
Contracteren

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2012

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Cherednychenko, O. O. (2012). Provisieafspraken tussen cliënten en financiële dienstverleners: van de privaatrechtelijke contractsvrijheid naar de publiekrechtelijke iustum pretium. *Contracteren*, 14(2), 45-48.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Ad rem

Provisieafspraken tussen cliënten en financiële dienstverleners: van de privaatrechtelijke contractsvrijheid naar de publiekrechtelijke iustum pretium

Prof. dr. O.O. Cherednychenko*

Naar het huidige Nederlandse contractenrecht is voor de geldigheid van een overeenkomst niet vereist dat er een zekere evenredigheid bestaat tussen de wederzijdse prestaties van twee private partijen.¹ De heersende opvatting in het Nederlandse (en Europese) privaatrecht is dat de iustum pretium-leer (leer van de rechtvaardige prijs) geen deel van het contractenrecht uitmaakt en ook niet zou mogen uitmaken. De argumenten tegen de invoering van deze leer zijn bekend. De drie belangrijkste zijn: (1) het is wezenlijk voor de overeenkomst dat de partijen zelf mogen bepalen wat een rechtvaardige prijs is; (2) een objectief en in de praktijk hanteerbaar criterium om de (on)rechtvaardige prijs vast te stellen ontbreekt; (3) het contractenrecht beschikt over voldoende

andere instrumenten ter bescherming tegen onevenredigheid van prestaties, zoals bijvoorbeeld wilsgebreken.² Het in het Nederlandse privaatrecht ingenomen standpunt ten aanzien van de iustum pretium-leer wordt echter in belangrijke mate doorkruist voor wat betreft de provisieafspraken tussen de cliënt en de financiële dienstverlener door de recente ontwikkelingen in het Nederlandse bestuursrecht. Wanneer de cliënt zelf afspraken maakt met de financiële adviseur of bemiddelaar over de beloning voor financiële diensten, en de vergoeding ook rechtstreeks aan de adviseur of bemiddelaar betaalt, geldt per 1 januari 2012 op grond van de financiële toezichtwetgeving de ‘kennelijke onredelijkheidnorm’ (art. 149a lid 2 onderdeel a jo. art. 149a lid 1 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo)).³ Deze open norm bepaalt dat de hoogte van de beloning die de adviseur of bemiddelaar bij de

45

* Prof. dr. O.O. Cherednychenko is adjunct hoogleraar Europees privaatrecht en rechtsvergelijking aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Slechts wanneer de koop is gesloten zonder dat de prijs is bepaald, is de koper op grond van art. 7:4 BW een redelijke prijs verschuldigd. Vgl. ook art. 7:405 lid 2 BW.

2. Zie bijv. T. Hartlief, *Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?*, in: T. Hartlief & C. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 239, 245-247; Asser-Hartkamp 4-II, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, Deel II, De algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005, nr. 44 en 239. Er zijn echter ook voorstanders van de iustum pretium-leer in de Nederlandse literatuur. Zie bijv. F.W. Grosheide, *Iustum pretium redivivum? Reflections on the just price doctrine in Dutch contract law in the light of its historic roots and recent international developments*, in: F.W. Grosheide & E.H. Hondius (eds.), *Articles on Various Aspects of Transnational Contract Law*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 221; R. Hardy, *De iustum pretium-leer*, NJB 2010/18, p. 1160.

3. Deze bepaling van de BGfo vindt haar grondslag in art. 4:72 lid 3 en 4:73 lid 3 Wft. Op grond van deze laatste kunnen bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld met betrekking tot de beloning of vergoeding die de adviseur of bemiddelaar ontvangt.

cliënt in rekening brengt, niet ‘kennelijk onredelijk’ mag zijn gelet op de aard en reikwijdte van de dienstverlening.

Het doel van deze publiekrechtelijke norm is ‘te voorkomen dat adviseurs of bemiddelaars beloningen in rekening brengen voor hun werkzaamheden, die gelet op de daarmee gemoeide inspanningen niet kunnen worden gerechtvaardigd’.⁴ De regel is ingevoerd omdat in de praktijk is gebleken dat cliënten niet of onvoldoende in staat zijn om zichzelf tegen onredelijke vergoedingen te beschermen. Cliënten bij wie een dergelijke vergoeding in rekening wordt gebracht, worden weliswaar geïnformeerd over de hoogte van de vergoeding ten tijde van de contractsluiting, maar kunnen geen adequaat tegenwicht bieden tegen financiële dienstverleners, aldus de Nederlandse gedragstoezichthouder op de financiële markten, de Autoriteit Financiële Markten (AFM).⁵

Het introduceren van de ‘kennelijke onredelijkheidsnorm’ in de financiële toezichtwetgeving brengt met zich dat de AFM de inhoud van de provisieafspraken tussen de financiële adviseur of bemiddelaar en de cliënt kan toetsen en, indien sprake is van ‘kennelijk onredelijke’ vergoedingen, handhavend kan optreden. Op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft) kan de AFM in het geval van overtreding van de norm een bestuurlijke boete en/of last onder dwangsom aan de financiële dienstverlener opleggen.

Aan de hand van welke criteria zal de AFM in concrete gevallen beoordelen of een bij de cliënt in rekening gebrachte vergoeding ‘kennelijk onredelijk’ is? Uit de toelichting van de AFM blijkt dat er in ieder geval rekening zal worden gehouden met de volgende drie gezichtspunten: (1) de verhouding tussen de vergoeding en het aantal uren dat de financiële dienstverlener aan de cliënt heeft besteed; (2) de verhouding tussen het aantal uren dat aan het advies wordt besteed en de complexiteit van de adviesvraag/-behoefte van de cliënt; en (3) de in de branche in het algemeen gebruikelijke kosten die in rekening worden gebracht voor bepaalde diensten.⁶ De AFM geeft tevens het volgende voorbeeld van een ‘kennelijk onredelijke’ of, in de woorden van de AFM, ‘buitensporige’ vergoeding:

‘Een praktijkvoorbeeld van een buitensporige vergoeding is een situatie waarin een klant een krediet afsluit van € 15.000, en hierbij wordt geadviseerd over 5 verschillende verzekeringen. De klant besluit de verzekeringen niet af te sluiten. De adviseur brengt wel een vergoeding voor zijn advies over de verzekeringen in rekening à € 450 per geadviseerde verzekering, en € 900 voor het bezoek in de vorm van

voorrijkosten. De totale vergoeding bedraagt hiermee € 3.150.’⁷

In dit voorbeeld gaat het om beloningen voor transacties die worden uitgevoerd met het enkele oogmerk additionele provisie te genereren, terwijl daar geen of nauwelijks aanvullende advieswerkzaamheden mee gemoeid zijn. Dergelijke beloningen worden in ieder geval als ‘kennelijk onredelijk’ aangemerkt.⁸

Zo gezien is de publiekrechtelijke ‘kennelijke onredelijkheidsnorm’ grotendeels in lijn met de iustum pretium-leer die geen ingang heeft gevonden in het privaatrecht. De provisieafspraken tussen de cliënt en de financiële adviseur of bemiddelaar hoeven niet redelijk te zijn, maar mogen niet ‘kennelijk onredelijk’ zijn. Dat impliceert dat er op grond van de financiële toezichtwetgeving een zeker evenwicht moet bestaan tussen de over en weer bedongen prestaties van de cliënt en de financiële dienstverlener. Een dergelijk door het bestuursrecht gewaarborgd evenwicht bestaat niet indien tegenover de bij de cliënt in rekening gebrachte beloning nauwelijks of geen tegenprestatie van de financiële dienstverlener staat.

Opmerkelijk hierbij is dat met de introductie van de ‘kennelijke onredelijkheidsnorm’ in het bestuursrecht de inhoudscontrole van de kernbedingen in privaatrechtelijke overeenkomsten tussen financiële adviseurs of bemiddelaars en hun cliënten in wezen buiten het contractenrecht om is ingevoerd. De ‘kennelijke onredelijkheidsnorm’ is ingevoerd bij algemene maatregel van bestuur zonder dat er een grondig debat aan voorafging over de wenselijkheid en inhoud van een dergelijke rechtsfiguur en haar opnemen in de gedelegeerde wetgeving van bestuursrechtelijke aard, mede gelet op de eerder gevoerde discussie over de iustum pretium-leer in de (Europese) privaatrechtelijke literatuur.

Het valt daarbij wel te betwijfelen of de opstellers van de ‘kennelijke onredelijkheidsnorm’ overtuigd zouden zijn door de drie hiervoor genoemde argumenten tegen de invoering van de iustum pretium-leer in het privaatrecht. Het eerste argument, dat partijen zelf moeten kunnen bepalen wat een redelijke vergoeding is, lijkt impliciet te zijn verworpen met een tegenargument dat cliënten vaak niet in staat zijn om hier goede afspraken met financiële dienstverleners over te maken. Hierbij is opvallend dat in de nieuw regeling wordt gesproken van ‘cliënt’. Daarmee lijkt het toepassingsbereik van de ‘kennelijke onredelijkheidsnorm’ niet beperkt te zijn tot niet-professionele cliënten van financiële dienstverleners. De hoedanigheid van partijen wordt ook door de AFM niet genoemd als een relevant gezichtspunt bij de beoordeling of een bepaalde vergoeding in het concrete geval ‘kennelijk onredelijk’ is. Het kan dus zijn dat dit gezichtspunt geen enkele rol in de beoordeling zal spelen en dat professionele cliënten dus ook zullen kunnen profiteren van de door de ‘kennelijke onredelijkheids-

4. Het ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2012 van 13 april 2011, p. 21.

5. Zie de toelichting van de AFM op de nieuwe ‘kennelijke onredelijkheidsnorm’, te vinden op www.afm.nl/nl/professionals/regelgeving/thema/provisieharmonisatie/onredelijkheidsnorm.aspx.

6. De toelichting van de AFM op de nieuwe ‘kennelijke onredelijkheidsnorm’, te vinden op www.afm.nl/nl/professionals/regelgeving/thema/provisieharmonisatie/onredelijkheidsnorm.aspx. Zie ook het ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2012 van 13 april 2011, p. 22.

7. Ibid.

8. Zie ook het ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2012 van 13 april 2011, p. 22.

norm' geboden bescherming. De vraag is wel of professionele cliënten niet in staat zijn om goed voor zichzelf te zorgen en een redelijke prijs voor een financieel advies of een andere financiële dienst uit te onderhandelen.

De opstellers van de 'kennelijke onredelijkheidsnorm' zouden vermoedelijk ook niet overtuigd zijn door het tweede argument tegen de invoering van de *iustum pretium*-leer dat in de privaatrechtelijke literatuur wordt aangehaald, namelijk het ontbreken van een objectief en in de praktijk hanteerbaar criterium voor de vaststelling van een redelijke vergoeding. Uit de formulering en totstandkomingsgeschiedenis van de 'kennelijke onredelijkheidsnorm' blijkt wel dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om het toepassingsbereik van deze norm enigszins te beperken. De norm wordt niet vormgegeven als een gebod tot het in rekening brengen van een redelijke vergoeding bij de cliënt, maar als een verbod op het in rekening brengen van een 'kennelijk onredelijke' vergoeding. Het woord 'kennelijk' geeft bovendien aan dat het om situaties gaat waarin een grote discrepantie bestaat tussen de wederzijdse prestaties van de cliënt en de financiële dienstverlener. Daarmee is echter nog niet gezegd dat een dergelijke discrepantie in alle gevallen evident en gemakkelijk vast te stellen is. Een ander belangrijk aandachtspunt in dit verband is het feit dat de 'kennelijke onredelijkheidsnorm' in het bestuursrecht is opgenomen om de bestuursrechtelijke handhaving daarvan mogelijk te maken. Daarmee maakt deze norm deel uit van wat ik in een eerdere bijdrage aan dit tijdschrift 'toezichtcontractenrecht' heb genoemd.⁹ Dit laatste wordt gevormd door gedragsregels inzake zorgvuldige financiële dienstverlening aan (potentiële) cliënten, die aan financiële ondernemingen worden opgelegd als bestuursrechtelijke voorschriften, maar die van oudsher tot het contractenrechtelijke domein behoren. Het opnemen van de 'kennelijke onredelijkheidsnorm' in de financiële toezichtwetgeving houdt in dat de publiekrechtelijke toezichthouder AFM een belangrijke rol zal spelen bij de invulling en handhaving van deze open, in wezen privaatrechtelijke, norm. Het is echter de vraag in hoeverre de AFM de meest aangewezen instantie is om vaste formules ter concretisering van een dergelijke open norm te ontwikkelen en toe te passen. Gelet op het legaliteitsbeginsel valt het bovendien te betwijfelen of deze open norm zich überhaupt leent voor de bestuursrechtelijke handhaving.

Ook het derde in de privaatrechtelijke literatuur genoemde argument tegen de introductie van de *iustum pretium*-leer – er zijn voldoende andere privaatrechtelijke instrumenten ter bescherming tegen onevenredigheid van prestaties – zou de opstellers van de 'kennelijke onredelijkheidsnorm' waarschijnlijk niet hebben overtuigd. Volgens hen zijn informatieplichten in ieder geval onvoldoende om het aangaan van overeenkomsten waarbij de cliënt een buitensporige vergoeding aan de financiële dienstverlener moet betalen, te voorkomen. Boven-

dien schiet het privaatrecht, en meer in het bijzonder privaatrechtelijke handhaving, tekort in de bescherming van afnemers van financiële producten en diensten, zodat bestuursrechtelijke normstelling en sanctie-instrumenten nodig zijn.¹⁰

De betekenis van de invoering van de 'kennelijke onredelijkheidsnorm' voor de contractspraktijk mag niet worden onderschat. In de eerste plaats omdat vanaf 1 januari 2013 een provisieverbod zal gaan gelden voor onder andere complexe financiële producten, zoals hypotheek en levensverzekeringen.¹¹ Het verbod houdt in dat een financiële adviseur of bemiddelaar vanaf die datum niet langer een provisie van een aanbieder van een dergelijk product mag ontvangen. Vanaf 1 januari 2013 moeten financiële adviseurs en bemiddelaars, voor zover ze niet in dienst zijn van een bank of een verzekeraar, hun beloning direct afspreken met de cliënt. Daarbij moeten ze bedacht zijn op het bestuursrechtelijke verbod op het in rekening brengen van 'kennelijk onredelijke' vergoedingen, zoals nader ingevuld door de AFM. Doen financiële dienstverleners dat niet, dan risiceren ze een bestuurlijke boete.

De AFM is niet bevoegd om direct in te grijpen in de civielrechtelijke verhouding tussen de cliënt en de adviseur of bemiddelaar en kan dus niet een privaatrechtelijke overeenkomst tussen deze private partijen nietig verklaren.¹² Volgens de Wet op het financieel toezicht is de geldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling die is verricht in strijd met de bij of krachtens deze wet gestelde regels, niet uit dien hoofde aantastbaar op grond van artikel 3:40 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW), behalve voor zover in deze wet anders is bepaald (art. 1:23 Wft). Strijd met de bestuursrechtelijke 'kennelijke onredelijkheidsnorm' kan dan ook niet leiden tot nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst tussen de cliënt en de financiële dienstverlener. Dat betekent echter niet dat schending van de 'kennelijke onredelijkheidsnorm' geen civielrechtelijke consequenties kan hebben, bijvoorbeeld via de band van artikel 6:162 BW. Een schending van de 'kennelijke onredelijkheidsnorm', waarmee volgens de totstandkomingsgeschiedenis wordt beoogd de cliënt te beschermen,¹³ kan worden aangemerkt als een doen in strijd met een wettelijke plicht en levert dus per definitie een onrechtmatige daad op. De cliënt kan dan ook aanspraak maken op vergoeding van de geleden schade door de adviseur of bemiddelaar die het kennelijk onredelijke tarief in rekening heeft gebracht. Op deze wijze kan de bestuursrechtelijke *iustum pretium*-regel dus vergaande gevolgen hebben in het privaatrecht, waar een dergelijk beginsel niet bestaat.

9. Zie O.O. Cherednychenko, Toezichtcontractenrecht: vooruitgang in het burgerlijk recht? Contracteren 2011 (special Willem Grosheide), p. 11.

10. Zie bijv. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 317.

11. Zie het ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 van 19 april 2012, p. 29 e.v.

12. Zie in dit verband art. 1:73 lid 3 Wft, waarin is bepaald dat aan financiële ondernemingen gegeven aanwijzingen niet strekken tot aantasting van overeenkomsten tussen die ondernemingen en derden.

13. Zie het ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2012 van 13 april 2011, p. 19.

De regel die in het algemene contractenrecht geen plaats heeft gekregen, dringt dus nu het contractenrechtelijke domein langs de bestuursrechtelijke weg binnen. Het is nu de publiekrechtelijke *iustum pretium* die de privaatrechtelijke contractsvrijheid op het gebied van financiële dienstverlening aanzienlijk beperkt. Het valt nog te bezien hoe deze norm zich in het bestuursrecht gaat ontwikkelen en in hoeverre ze invloed zal hebben op de ontwikkeling van het algemene contractenrecht. Eén ding is zeker: het bestuursrecht wordt steeds belangrijker voor contracteren en kan snel zorgen voor veranderingen die binnen het algemene contractenrecht nu nog ondenkbaar zijn.